الفقه الإسلامي وأدلته

الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية
وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها

وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية

« من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين »

تأليف

الدكتور وهبة الزحيلي

الجزء الرابع

النظريات الفقهية والعقود

دار الفكر

الفصل الثـاني

الأموال

المال بطبيعتـه محل الملكيـة إلا إذا وجـد مـانع من الموانع ، وهو في الغـالب محل المعـاملات المـدنيـة كالبيع والإيجـار والشركـة والوصيـة ونحوهـا . وهـو أيضـاً عنصر ضروري من ضرورات الحياة أو المعيشة التي لا غنى عنها للإنسان .

لذا سأذكر تعريف المال وأقسامه ومـا يقبل التملـك منـه ومـا لا **يقبل ، ثم أبين** تعريف الملك وأقسامه وخصائص كل قسم .

المبحث الأول ـ تعريف المال وإرثه :

تعريف المال ـ المال في اللغة : كل ما يقتنى ويحوزه الإنسان بالفعل سواء أكان عيناً أم منفعة ، كذهب أو فضة أو حيوان أو نبات أو منـافع الشيء كالركوب واللبس والسكنى . أما ما لا يحوزه الإنسان فلا يسمى مالاً في اللغـة كالطير في الهواء والسمـك في الماء والأشجار في الغابات والمعادن في باطن الأرض .

وأما في اصطلاح الفقهاء ففي تحديد معناه رأيان :

أولاً ـ عند الحنفية : المـال : هو كل مـا يمكن حيـازتـه وإحرازه وينتفع بـه عادة ، أي أن المالية تتطلب توفر عنصرين :

١ ـ إمكان الحيـازة والإحراز : فـلا يعـد مـالاً : مـا لا يمكن حيـازتـه كالأمـور المعنويـة مثل العلم والصحـة والشرف والـذكاء ، ومـا لا يمكن السيطرة عليـه كالهواء

الطلق[1] وحرارة الشمس وضوء القمر.

٢ ـ إمكان الانتفاع بـه عـادة : فكل مـا لا يمكن الانتفـاع بـه أصلاً كلحم الميتـة والطعام المسموم أو الفاسد، أو ينتفع به انتفاعاً لا يعتد به عـادة عنـد النـاس كحبـة قمح أو قطرة ماء أو حفنة تراب، لا يعـد مـالاً، لأنـه لا ينتفع بـه وحـده. والعـادة تتطلب معنى الاستمرار بالانتفاع بالشيء في الأحوال العادية، أمـا الانتفـاع بـالشيء حال الضرورة كأكل لحم الميتة عند الجوع الشديـد (المخمصـة) فلا يجعل الشيء مـالاً، لأن ذلك ظرف استثنائي.

وتثبت المالية بتمول الناس كلهم أو بعضهم[2]، فالخمر أو الخنزير مال لانتفـاع غير المسلمين بها. وإذا ترك بعض الناس تمول مال كالثياب القـديمـة فلا تزول عنـه صفـة المالية إلا إذا ترك كل الناس تموله.

وقد ورد تعريف المال في المـادة ١٢٦ من المجلـة نقلاً عن ابن عـابـدين الحنفي[3] وهو: «المال: هو مـا يميل إليـه طبع الإنسـان، ويمكن ادخـاره إلى وقت الحـاجـة، منقولاً كان أو غير منقول».

ولكنه تعريف منتقد؛ لأنـه نـاقص غير شـامل، فـالخضراوات والفواكـه تعتبر مـالاً، وإن لم تـدخر لتسرع الفسـاد إليهـا. وهو أيضاً بتحكيم الطبـع فيـه قلـق غير مستقر؛ لأن بعض الأموال كالأدوية المرة والسموم تنفر منهـا الطبـاع رغم أنهـا مـال. وكذلك المباحات الطبيعية قبل إحرازها من صيود ووحوش وأشجار في الغابات تعد أموالاً ولو قبل إحرازها أو تملكها.

---

(١) أما الهواء المضغوط المعبأ في زجاجات فهو مال محرز.

(٢) البحر الرائق: ٢/ ٢٢٧، رد المحتار لابن عابدين: ٤/ ٣.

(٣) رد المحتار: ٤/ ٣.

ثانياً ـ وأما المال عند جمهور الفقهاء غير الحنفية : فهو كل ما لـه قيمة يلزم متلفه بضمانه[1] . وهذا المعنى هو المأخوذ به قانوناً ، فالمال في القانون هو كل ذي قيمة مالية .

الأشياء غير المادية ـ الحقوق والمنافع :

حصر الحنفية معنى المال في الأشياء أو الأعيان المادية أي التي لها مادة وجرم محسوس . وأما المنافع والحقوق فليست أموالاً عندهم وإنما هي ملك لا مال . وغير الحنفية اعتبروها أموالاً ؛ لأن المقصود من الأشياء منافعها لا ذواتها ، وهذا هو الرأي الصحيح المعمول به في القانون وفي عرف الناس ومعاملاتهم ، ويجري عليها الإحراز والحيازة .

والمقصود بالمنفعة : هو الفائدة الناتجة من الأعيان ، كسكنى الدار ، وركوب السيارة ، ولبس الثوب ونحو ذلك .

وأما الحق : فهو ما يقرره الشرع لشخص من اختصاص يؤهله لممارسة سلطة معينة أو تكليف بشيء . فهو قد يتعلق بالمال كحق الملكية وحق الارتفاق بالعقار المجاور من مرور أو شرب أو تعلي ، وقد لا يتعلق بالمال كحق الحضانة ، والولاية على نفس القاصر .

والمنافع ، والحقوق المتعلقة بالمال ، والحقوق المحضة كحق المدعي في تحليف خصمه اليمين ليست أموالاً عند الحنفية ، لعدم إمكان حيازتها بذاتها ، وإذا وجدت فلا بقاء ولا استمرار لها ، لأنها معنوية ، وتنتهي شيئاً فشيئاً تدريجياً .

وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية : إنها تعتبر مالاً ، لإمكان حيازتها بحيازة أصلها

---

(١) قال الإمام الشافعي رضي الله عنه : لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه ، وإن قلت ، ومالا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك (راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٥٨ ، ط مصطفى محمد) .

ومصدرها ، ولأنها هي المقصودة من الأعيان ، ولولاها ما طلبت ، ولا رغب الناس بها .

ويترتب على هذا الخلاف بعض النتائج أو الثمرات في الغصب والميراث والإجارة . فمن غصب شيئاً وانتفع به مدة ، ثم رده إلى صاحبه ، فإنه يضمن قيمة المنفعة عند غير الحنفية ، وعند الحنفية : لا ضمان عليه إلا إذا كان المغصوب شيئاً موقوفاً ، أو مملوكاً ليتيم ، أو معداً للاستغلال كعقار معد للإيجار كفندق أو مطعم ؛ لأن هذه الأملاك بحاجة شديدة للحفظ ومنع العدوان عليها . وهذا المعنى في الواقع موجود في كل المنافع ، فينبغي الإفتاء بالضمان في كل المغصوبات .

والإجارة تنتهي بموت المستأجر عند الحنفية ؛ لأن المنفعة ليست مالاً حتى تورث ، وغير الحنفية يقولون : لا تنتهي الإجارة بموت المستأجر وتظل باقية حتى تنتهي مدتها .

والحقوق لا تورث عند الحنفية كالحق في خيار الشرط أو خيار الرؤية . وتورث عند غير الحنفية .

المبحث الثاني ـ أقسام المال

قسم الفقهاء المال عدة تقسيمات يترتب عليها أحكام مختلفة بحسب كل قسم ، وأكتفي ببيان أربعة تقسيمات ، أوضحها القانون المدني :

١ ـ باعتبار إباحة الانتفاع وحرمته إلى : متقوم وغير متقوم .

٢ ـ باعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى : عقارٍ ومنقول .

٣ ـ باعتبار تماثل آحاده أو أجزائه وعدم تماثلها إلى : مثلي وقيمي .

٤ ـ باعتبار بقاء عينه بالاستعمال وعدم بقائه إلى : استهلاكي واستعمالي .

المطلب الأول ـ المال المتقوم وغير المتقوم :

المال المتقوم : كل ما كان محرزاً بالفعل ، وأباح الشرع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها .

وغير المتقوم : ما لم يحرز بالفعل ، أو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الاضطرار[1] ، مثال الأول : السمك في الماء والطير في الهواء والمعادن في باطن الأرض ونحوها من المباحات كالصيد والحشيش فهي غير متقومة عرفاً . ومثال الثاني : الخمر والخنزير بالنسبة للمسلم غير متقومين شرعاً ، فلا يباح للمسلم الانتفاع بهما إلا عند الضرورة وبقدر الضرورة كدفع خطر جوع شديد أو عطش شديد يخشى معه الهلاك ، ولا يجد الإنسان شيئاً آخر سواهما ، فيباح له الانتفاع بأحدهما بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه .

أما بالنسبة لغير المسلم فهما من الأموال المتقومة عند فقهاء الحنفية ؛ لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون . فلو أتلفهما مسلم أو غير مسلم وجب عليه ضمانها . وقال غير الحنفية : لا يعتبران مالاً متقوماً ؛ لأن غير المسلمين المقيمين في بلادنا ملزمون بأحكام المعاملات الإسلامية ، فلهم ما للمسلمين ، وعليهم ما عليهم .

وتظهر فائدة هذا التقسيم في موضعين :

الأول ـ صحة التعاقد عليه وعدمها : فالمتقوم يصح أن يكون محلاً لجميع العقود التي ترد على المال كالبيع والإيجار والهبة والإعارة والرهن والوصية والشركة ونحوها . وغير المتقوم : لا يصح التعاقد عليه بشيء من تلك العقود ، فيعد بيع المسلم خمراً أو خنزيراً بيعاً باطلاً ، ولو اشترى المسلم بخمر أو خنزير كان الشراء فاسداً ، وسبب

---

(١) راجع المادة (١٢٧) من المجلة ، الدر المختار : ٤/ ١١١ وما بعدها .

التفرقة بين الحالتين أن المبيع هو المقصود الأصلي من البيع ، فتقومه شرط انعقاد . وأما الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته ، فتقومه شرط صحة .

الثاني ـ الضمان عند الإتلاف : إذا أتلف إنسان مالاً متقوماً لغيره وجب عليه ضمان مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيمياً . أما غير المتقوم فلا يضمن بالإتلاف إذا كان لمسلم . فلو أراق أحد خمراً لمسلم أو قتل خنزيراً له ، لا يضمنه . أما لو أتلفه أحد لذمي (أي غير مسلم مقيم في دار الإسلام) ضمن له قيمته عند الحنفية ، لأنه مال متقوم عندهم ، كما أوضحنا .

التقوم وعدمه عند القانونيين :

يختلف معنى التقوم وعدمه بين الشرعيين والقانونيين ، فهو عند الشرعيين كما عرفنا : ما يباح الانتفاع به شرعاً ، أو ما لا يباح ذلك .

وأما عند القانونيين : فالتقوم : ما كان ذا قيمة بين الناس . وعدم التقوم : هو خروج الأشياء عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون . فالأولى هي التي يشترك كل الناس في الانتفاع بها ولا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، كالهواء والبحار وأشعة الشمس . والثانية : هي الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون كالمخدرات الممنوعة والمواد الحربية المتفجرة ، وكل الأشياء المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو المخصصة للنفع العام بالفعل .

وقد أخذت فكرة التقوم وعدمه من مفهوم المادة (٨٣) من القانون المدني التي تنص على ما يأتي :

١ ـ كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية .

٢ ـ والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن

يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية .

يتبين من ذلك أن فكرة التقوم وعدمه تنبني في القانون على جواز التعامل في الشيء وعدم جوازه قانوناً . فالخمر مثلاً يجوز التعامل بها في القانون ولا يجوز التعامل بها في الشرع .

المطلب الثاني ـ العقار والمنقول :

للفقهاء اصطلاحان في بيان المقصود من العقار والمنقول ، أحدهما للحنفية ، والآخر للمالكية .

رأي الحنفية ـ المنقول : هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر ، سواء أبقي على صورته وهيئته الأولى ، أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل ويشمل النقود والعروض التجارية وأنواع الحيوان والمكيلات والموزونات[1] .

والعقار : هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله أصلاً من مكان إلى آخر كالدور والأراضي[2] .

ويلاحظ أن البناء والشجر والزرع في الأرض لا تعد عقاراً عند الحنفية إلا تبعاً للأرض ، فلو بيعت الأرض المبنية أو المشجرة أو المزروعة طبقت أحكام العقار على ما يتبع الأرض من البناء ونحوه . أما لو بيع البناء وحده أو الشجر وحده من غير الأرض فلا يطبق عليهما حكم العقار . فالعقار عند الحنفية لا يشمل إلا الأرض خاصة . والمنقول يشمل ما عداها[3] .

---

(١) م ١٢٨ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) م ١٢٩ من المجلة .

(٣) رد المحتار : ٣ / ٤٠٨ .

رأي المالكية ـ ضيق المالكية من دائرة المنقول ووسعوا في معنى العقار فقالوا: المنقول: هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقائه على هيئته وصورته الأولى كالملابس والكتب والسيارات ونحوها. والعقار عندهم: هو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالأرض، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل كالبناء والشجر. فالبناء بعد هدمه يصير أنقاضاً، والشجر يصبح أخشاباً[1].

وهذا الرأي هو المتفق مع القانون المدني السوري، كما نصت المادة ٨٤/١: «كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله منه، دون تلف، فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول».

لكن توسع القانون في معنى العقار في الفقرة الثانية من هذه المادة، فأدخل فيه المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه لخدمة هذا العقار أو استثماره، حتى السماد والسمك، وسماها «عقاراً بالتخصيص» وهذا سائغ في مذهب المالكية. وأدخل فيه أيضاً في المادة (٨٥) الحقوق العينية المترتبة على العقار كحقوق الارتفاق والتأمينات، حتى الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار. واعتبار هذه الدعوى عقاراً فيه إغراق في تصور معنى العقار.

هذا وقد يتحول المنقول إلى عقار وبالعكس، مثال الأول: الأبواب والأقفال وتمديدات الماء والكهرباء تصبح عقاراً باتصالها بالعقار على نحو ثابت. ومثال الثاني: أنقاض البناء وكل ما يستخرج من الأرض من معادن وأحجار وتراب، تصبح منقولاً بمجرد فصلها عن الأرض.

وتظهر فائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول في طائفة من الأحكام الفقهية التالية:

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٢٥٤.

١ ـ الشفعة[١] : تثبت في المبيع العقار[٢] ، ولا تثبت في المنقول ، إذا بيع مستقلاً عن العقار . فإن بيع المنقول تبعاً للعقار ثبت فيهما الشفعة .

وكذلك بيع الوفاء[٣] : يختص بالعقار دون المنقول .

٢ ـ الوقف : لا يصح عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء إلا في العقار . أما المنقول فلا يصح وقفه إلا تبعاً للعقار كوقف أرض وما عليها من آلات وحيوان ، أو ورد بصحة وقفه أثر عن السلف كوقف الخيل والسلاح ، أو جرى العرف بوقفه كوقف المصاحف والكتب وأدوات الجنازة . ويصح عند غير الحنفية وقف العقار والمنقول على السواء[٤] .

٣ ـ بيع الوصي مال القاصر : ليس للوصي بيع عقار القاصر إلا بمسوغ شرعي كإيفاء دين أو دفع حاجة ضرورية أو تحقيق مصلحة راجحة . وقد أنيط ذلك بإذن القاضي في قانون الأحوال الشخصية ؛ لأن بقاء عين العقار فيه حفاظ على مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه .

أما المنقول : فله أن يبيعه متى رأى مصلحة في ذلك .

وفي بيع مال المدين المحجوز عليه لوفاء دينه يبدأ أولاً ببيع المنقول ، فإن لم يف ثمنه انتقل إلى العقار تحقيقاً لمصلحة المدين .

٤ ـ يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لبقية الفقهاء بيع العقار قبل قبضه من المشتري ، أما المنقول فلا يجوز بيعه قبل القبض أو التسليم ؛ لأن المنقول عرضة للهلاك كثيراً بعكس العقار .

---

(١) الشفعة : حق تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري ، بما قام عليه من ثمن وتكاليف مثل رسم التسجيل وأجرة السمسار ونحوهما . وتثبت عند الحنفية للشريك والجار ، وعند غير الحنفية : تثبت للشريك فقط .

(٢) مختصر الطحاوي : ص ١٢٠ .

(٣) بيع الوفاء : هو أن يبيع المحتاج إلى النقود عقاراً بشرط أنه متى وفى الثمن استرد العقار (م١١٨ مجله) .

(٤) الدر المختار ورد المحتار : ٣/٤٠٨ـ٤١١ ، فتح القدير : ٥/٤٨ وما بعدها .

٥ - حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالعقار، دون المنقول .

٦ - لا يتصور غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف، إذ لا يمكن نقله وتحويله، ويرى محمد وسائر الفقهاء إمكان غصب العقار، وهذا الذي أخذت به المجلة (م ٩٠٥ وما بعدها) .

أما المنقول فيتصور غصبه باتفاق الفقهاء[١] .

المطلب الثالث - المال المثلي والقيمي :

المال المثلي : ما له مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه أو وحداته تفاوتاً يعتد به في التعامل[٢] . والأموال المثلية أربعة أنواع هي : المكيلات (كالقمح والشعير) والموزونات (كالقطن والحديد) والعدديات المتقاربة في الحجم كالجوز والبيض، وبعض أنواع الذرعيات (التي تباع بالذراع أو المتر ونحوهما) : وهي التي تتساوى أجزاؤها دون فرق يعتد به كأثواب الجوخ والقطن والحرير، وألواح البلور، والأخشاب الجديدة . أما إن تفاوتت أجزاء المذروع كالنسيج غير المتماثل الأجزاء وكالأراضي، فيصبح مالاً قيمياً لا مثلياً . وكما يعد المعدود المتقارب من المحصولات الطبيعية من المال المثلي، كذلك يعد المعدود المتماثل من المصنوعات من مادة واحدة وشكل واحد مالاً مثلياً كأواني الأكل والشرب، والسيارات المتحدة النوع، وأدوات غيارها، والكتب الجديدة المطبوعة .

والمال القيمي : هو ما ليس له نظير أو مثل في السوق، أو له مثل ولكن مع التفاوت المعتد به بين وحداته في القيمة[٣] ، مثل أفراد الحيوان والأراضي والأشجار

---

(١) وهناك أحكام قانونية تختلف بين العقار والمنقول: منها أن انتقال ملكية العقار لا يتم إلا بالتسجيل، أما المنقول فلا حاجة في نقل ملكيته إلى التسجيل. ومنها أن الحيازة بسبب صحيح وبحسن نية في المنقول سند الملكية . أما العقار فإن حيازته ولو بسبب صحيح لاتثبت بها الملكية إلا بمضي خمس سنين (م٩٢٧، ٩١٨).

(٢) م١٤٥ من المجلة .

(٣) م١٤٦ من المجلة .

والدور وأنواع السجاد والبسط والأحجار الكريمة كالماس والياقوت والكتب المخطوطة أو المستعملة .

ويدخل في المال القيمي : العدديات المتفاوتة القيمة في آحادها كالبطيخ والرمان عند اختلاف أحجامها وأنواعها .

وقد ينقلب المال المثلي قيمياً وبالعكس ، وحالات انقلاب المثلي قيمياً أربعة هي :

١ ـ الانقطاع من السوق : إذا انقطع وجود المال المثلي من الأسواق انقلب قيمياً .

٢ ـ الاختلاط : إذا اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين كحنطة وشعير ، صار الخليط قيمياً .

٣ ـ التعرض للخطر : إذا تعرض المال المثلي للخطر كالحريق أو الغرق ، صار له قيمة خاصة .

٤ ـ التعيب أو الاستعمال : إذا تعيب المال المثلي أو استعمل ، صار له قيمة خاصة .

وانقلاب المال القيمي إلى مثلي يكون في حال الكثرة بعد الندرة ، فإذا كان المال نادر الوجود في السوق ، ثم أصبح كثير الوجود ، صار مثلياً بعد أن كان له قيمة خاصة .

ويلاحظ أن المال المتقوم أعم من القيمي ، فالمتقوم يشمل القيمي والمثلي .

وتظهر فائدة التقسيم إلى مثلي وقيمي فيما يأتي :

١ ـ الثبوت في الذمة[1] : يثبت المال المثلي ديناً في الذمة أي بأن يكون ثمناً في

---

(١) سأوضح قريباً معنى الذمة وخصائصها وبدئها وانتهائها بمشيئة الله تعالى .

البيع ، عن طريق تعيين جنسه وصفته . ويصح بالتالي وقوع المقاصة بين الأموال المثلية .

أما القيمي : فلا يقبل الثبوت ديناً في الذمة ، فلا يصح أن يكون ثمناً ، ولا تجري المقاصة بين الأموال القيمية . وإذا تعلق الحق بمال قيمي كرأس غنم أو بقر ، يجب أن يكون معيناً بذاته ، متميزاً عن سواه ، بالإشارة إليه منفرداً ، لا مشاراً إليه بالوصف ؛ لأن أفراد المال القيمي ولو من نوع واحد غير متماثلة ، ولكل واحد منها صفة وقيمة معينة .

٢ ـ كيفية الضمان عند التعدي أو الإتلاف : إذا أتلف شخص مالاً مثلياً ، مثل كمية من القمح أو السكر ، وجب عليه ضمان مثله ، حتى يكون التعويض على أكمل وجه ، والمثل أقرب إلى الشيء المتلف صورة ومعنى ، أي مالية . أما القيمي فيضمن المتعدي قيمته ؛ لأنه يتعذر إيجاب مثله صورة ، فيكتفى بإيجاب مثله معنى ، أي من ناحية المالية ، وهي القيمة .

٣ ـ القسمة وأخذ النصيب : تدخل القسمة جبراً في المال المثلي المشترك ، ولكل شريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر دون إذنه . أما القيمي : فلا تدخل فيه القسمة الجبرية ، ولا يجوز للشريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر بدون إذنه ؛ لأن القسمة فيها معنى الإفراز والمبادلة ، فإذا كان المال مثلياً كانت جهة الإفراز هي الراجحة لتماثل أجزائه . وإذا كان قيمياً كانت جهة المبادلة هي الراجحة لعدم تماثل أجزائه ، فكأنه أخذ بدل حقه لا عينه .

٤ ـ الربا : الأموال القيمية لا يجري فيها الربا المحرم ، فيجوز بيع غنمة بغنمتين ، أي يجوز بيع القليل بالكثير من جنسه . أما الأموال المثلية فيجري فيها الربا الحرام الذي يوجب تساوي العوضين المتجانسين في الكمية والمقدار ، وتكون الزيادة حراماً . فلا يجوز بيع قنطار من القمح بقنطار وربع مثلاً ، لاشتمال البيع على ما يسمى بربا الفضل ، وهذا الربا يختص شرعاً بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط .

الذمة المالية وخصائصها :

لا يتصور ثبوت دين على إنسان إلا بتصور محل اعتباري مفترض مقدر وجوده في كل إنسان . وهذا المحل المقدر المفترض هو الذمة ، فالذمة تختلف عن الأهلية ، إذ أن الأهلية : هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الواجبات . وتحمل الواجبات أو الالتزامات يستلزم وجود محل في الشخص تستقر فيه تلك الواجبات أو الديون . وتبدأ الأهلية ناقصة منذ بدء تكون الجنين ، وتكمل أهلية الوجوب بالولادة .

وبالولادة تبدأ الذمة مع بدء تصور وجود العنصر الثاني من تلك الأهلية : وهو عنصر المديونية أو الالتزام ، فالأهلية هي الصلاحية ، والذمة محل الصلاحية .

فالذمة : هي محل اعتباري في الشخص تقع فيه الديون أو الالتزامات[١] .

أولاً ـ خصائص الذمة :

للذمة الخصائص التالية :

١ ـ الذمة من صفات الشخصية الطبيعية وهو الإنسان أو الاعتبارية كالشركات والمؤسسات والأوقاف والمساجد . فلا ذمة للجنين قبل ولادته ، فلا تصح الهبة له ، لكن تصح الوصية له بشرط ولادته حياً ، ولا ذمة للحيوان ، فلو أوصى شخص لدابة وقصد تمليكها فالوصية باطلة ، لكن لو كان بقصد الإنفاق عليها صحت الوصية ، ويكون المقصود بها مالكها . ولا يتعين صرف الموصى به للنفقة على الدابة عند الحنفية[٢] ، ويتعين ذلك لعلف الدابة عند الشافعية[٣] .

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ مصطفى الزرقاء : ف ١٢٣ .

(٢) الدر المختار : ٥/٤٥٩ ، ٤٦٢ .

(٣) مغني المحتاج : ٣/٤٢ .

٢ ـ لابد لكل شخص بعد ولادته من ذمة ، حتى ولو كانت فارغة بريئة ؛ لأن الذمة من توابع الشخصية ، وتلازم العنصر الثاني من أهلية الوجوب ، وهذه الأهلية مناطها الصفة الإنسانية ، فتلازم الإنسان منذ وجوده .

٣ ـ لا تتعدد الذمة ، فلكل شخص ذمة واحدة ، ولا اشتراك بين أشخاص في الذمة .

٤ ـ الذمة لا حدّ لسعتها ، فهي تتسع لكل الديون مهما عظمت ؛ لأن الذمة ظرف اعتباري ، يتسع لكل الالتزامات .

٥ ـ الذمة متعلقة بالشخص ، لا بأمواله وثروته ، ليتمكن من ممارسة نشاطه الاقتصادي بحرية مطلقة تمكنه من تسديد ديونه ، فله التجارة والبيع ولو كان مديناً بأكثر مما يملك . وله وفاء أي دين متقدم أو متأخر في الثبوت . ولا يحق للدائنين الاعتراض عليه .

٦ ـ الذمة ضمان عام لكل الديون بلا تمييز لدين على آخر إلا إذا وجد لصاحب دين حق عيني كالرهن ، أو كانت بعض الحقوق الشخصية ذات امتياز كنفقات التجهيز والتكفين ، ودين النفقة للزوجة والأولاد الصغار ، وديون الضرائب الحكومية .

ثانياً ـ انتهاء الذمة :

تبدأ الذمة بالولادة وتنتهي بالوفاة ، وللفقهاء آراء ثلاثة في انتهاء الذمة .

الرأي الأول للحنابلة في رواية عندهم[1] ـ انهدام الذمة بمجرد الموت : لأن الذمة من خصائص الشخصية ، والموت يعصف بالشخص وبذمته . وأما الديون فتتعلق عند أكثر الحنابلة بالتركة ، فمن مات ولا تركة له سقطت ديونه .

(١) القواعد لابن رجب : ص١٩٣ وما بعدها .

الرأي الثاني للمالكية والشافعية وبعض الحنابلة[1] ـ بقاء الذمة بعد الموت حتى إيفاء الديون وتصفية التركة : تبقى الذمة بعد الموت حتى تصفى الحقوق المتعلقة بالتركة . فيصح للميت اكتساب حقوق جديدة بعد موته كان سبباً لها ، كمن نصب شبكة للاصطياد ، فوقع فيها حيوان ، فإنه يملكه ، وتظل ذمة الميت باقية بعد موته حتى تسدد ديونه ، لقوله عليه السلام : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه »[2] . ويمكن أن تشغل ذمة الميت بعد موته بديون جديدة ، كشغلها بثمن المبيع الذي رده المشتري على البائع بعد موته بسبب عيب ظهر فيه . وكالتزامه بضمان قيمة ما وقع في حفرة حفرها الشخص قبل موته ، في الطريق العام . وتصح الكفالة بعد الموت بما على الميت المفلس من ديون ؛ لأن النبي ﷺ صحح هذه الكفالة . وتصح عند المالكية لا الشافعية والحنابلة الوصية لميت . ويقتصر أثر الموت في هذا الرأي على عدم مطالبة الميت بالحقوق وإنما يطالب ورثته بأداء الحقوق لأصحابها .

الرأي الثالث للحنفية ـ ضعف الذمة :

إن الموت لا يهدم الذمة ، لكن يضعفها ، فتبقى بقدر الضرورة لتصفية الحقوق المتعلقة بالتركة التي لها سبب في حال الحياة . فيكتسب الميت بعد موته ملكية جديدة كما في صورة نصب الشبكة للصيد ، ويلتزم بالديون التي تسبب بها الشخص قبل موته ، كرد المبيع المعيب عليه والتزامه بالثمن ، وضمان ماوقع في حفرة حفرها في الطريق العام . لكن لاتصح كفالة دين على ميت مفلس عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين[3] . ولا تصح الوصية للميت أو الهبة له . وبهذين الحكمين الأخيرين يفترق الرأي الثالث عن الرأي الثاني .

---

(١) مغني المحتاج : ٣/ ٤٠ ، المغني : ٦/ ٢١ .

(٢) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه والحاكم عن ابن هريرة ، وهو صحيح .

(٣) البدائع : ٦/ ٦ ، فتح القدير : ٥/ ٤١٩ .

المطلب الرابع ـ المال الاستهلاكي والاستعمالي :

المال الاستهلاكي : هو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه ، كأنواع الطعام والشراب والحطب والنفط والورق والنقود . فلا يمكن الانتفاع بهذه الأموال ماعدا النقود إلا باستئصال عينها . وأما النقود فاستهلاكها يكون بخروجها من يد مالكها ، وإن كانت أعيانها باقية بالفعل .

والمال الاستعمالي : هو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالعقارات والمفروشات والثياب والكتب ونحوها .

وينظر إلى الانتفاع المميز بين النوعين لأول مرة ، لا إلى حالات الاستعمال المتكررة . فإن زالت عين الشيء من أول انتفاع كان مالاً استهلاكياً ، وإن بقيت عينه حينئذ كان مالاً استعمالياً .

وتظهر فائدة التقسيم فيما يأتي :

يقبل كل نوع من هذين المالين نوعاً معيناً من العقود . فالمال الاستهلاكي يقبل العقود التي غرضها الاستهلاك لا الاستعمال كالقرض وإعارة الطعام .

والمال الاستعمالي يقبل العقود التي هدفها الاستعمال دون الاستهلاك كالإجارة والإعارة .

فإن لم يكن الغرض من العقد هو الاستعمال وحده أو الاستهلاك وحده ، صح أن يرد على كلا النوعين : الاستعمالي والاستهلاكي كالبيع والإيداع ، يصح ورودهما على كل من النوعين على السواء .

الفصل الثالث

الملكية وخصائصها

يشتمل على مطالب خمسة :

المطلب الأول ـ تعريف الملكية والملك :

الملكية أو الملك : علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشرع[1] تجعله مختصاً به ، ويتصرف فيه بكل التصرفات ما لم يوجد مانع من التصرف .

والملك كما يطلق على هذه العلاقة ، يطلق أيضاً على الشيء المملوك ، تقول : هذا الشيء ملكي أي مملوك لي . وهذا المعنى هو المقصود في تعريف المجلة (م ١٢٥) للملك بأنه ما ملكه الإنسان ، سواء أكان أعياناً أو منافع . وعلى هذا المعنى يفهم قول الحنفية : إن المنافع والحقوق ملك وليست بمال .

وعلى هذا ، فالملك أعم من المال عندهم .

والملك في اللغة : هو حيازة الإنسان للمال والاستبداد به أي الانفراد بالتصرف فيه .

وقد عرف الفقهاء الملك بتعاريف متقاربة مضمونها واحد[2] ، ولعل أفضلها هو ما يأتي :

---

(١) حق الملكية وغيره لا يثبت إلا بإقرار الشرع واعترافه به ، لأن الشرع هو مصدر الحقوق ، وليس الحق في الشريعة حقاً طبيعياً ، وإنما هو منحه إلهية منحها الخالق للأفراد وفقاً لمصلحة الجماعة .

(٢) راجع فتح القدير : ٥/ ٧٤ ، الفروق للقرافي : ٣/ ٢٠٨ وما بعدها .

الملك : اختصاص بالشيء يمنع الغير منه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي .

فإذا حاز الشخص مالاً بطريق مشروع أصبح مختصاً به ، واختصاصه به يمكنه من الانتفاع به والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كالجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها . كما أن اختصاصه به يمنع الغير من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا إذا وجد مسوغ شرعي يبيح له ذلك كولاية أو وصاية أو وكالة .

وتصرف الولي أو الوصي أو الوكيل لم يثبت له ابتداء ، وإنما بطريق النيابة الشرعية عن غيره ، فيكون القاصر أو المجنون ونحوهما هو المالك ، إلا أنه ممنوع من التصرف بسبب نقص أهليته أو فقدانها ، ويعود له الحق بالتصرف عند زوال المانع أو العارض .

المطلب الثاني ـ قابلية المال للتملك وعدمها :

المال في الأصل قابل بطبيعته للتملك ، لكن قد يعرض له عارض يجعله غير قابل في كل الأحوال أو في بعضها للتملك ، فيتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع :

١ ـ ما لا يقبل التمليك ولا التملك بحال : وهو ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والجسور والحصون والسكك الحديدية والأنهار والمتاحف والمكتبات العامة والحدائق العامة ونحوها . فهذه الأشياء غير قابلة للتملك لتخصيصها للمنافع العامة . فإذا زالت عنها تلك الصفة عادت لحالتها الأصلية ، وهي قابلية التملك ، فالطريق إذا استغني عنه أو ألغي جاز تملكه .

٢ ـ ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي : كالأموال الموقوفة وأملاك بيت المال أي الأموال الحرة في عرف القانونيين . فالمال الموقوف لا يباع ولا يوهب إلا إذا

تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من إيراده ، فيجوز للمحكمة الإذن باستبداله[1] .

وأملاك بيت المال (أو وزارة المالية ، أو الحكومة) لا يصح بيعها إلا برأي الحكومة لضرورة أو مصلحة راجحة ، كالحاجة إلى ثمنها ، أو الرغبة فيها بضعف الثمن ونحو ذلك ؛ لأن أموال الدولة كأموال اليتيم عند الوصي لا يتصرف فيها إلا للحاجة أو المصلحة .

٣ـ ما يجوز تملكه وتمليكه مطلقاً بدون قيد : وهو ما عدا النوعين السابقين .

المطلب الثالث ـ أنواع الملك :

الملك إما تام أو ناقص .

فالملك التام : هو ملك ذات الشيء (رقبته) ومنفعته معاً ، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة .

ومن أهم خصائصه : أنه ملك مطلق دائم لا يتقيد بزمان محدود ما دام الشيء محل الملك قائماً . ولا يقبل الإسقاط ، فلو غصب شخص عيناً مملوكة لآخر ، فقال المالك المغصوب منه : أسقطت ملكي ، فلا تسقط ملكيته ويبقى الشيء ملكاً له ، وإنما يقبل النقل ، إذ لا يجوز أن يكون الشيء بلا مالك . وطريق النقل إما العقد الناقل للملكية كالبيع ، أو الميراث أو الوصية .

ويمنح صاحبه الصلاحيات التامة وحرية الاستعمال والاستثمار والتصرف فيما يملك كما يشاء ، فله البيع أو الهبة أو الوقف أو الوصية ، كما له الإعارة والإجارة ، لأنه

---

(١) أجاز الحنفية الاستبدال بالموقوف أرضاً أخرى للحاجة والمصلحة ، فقالوا : يجوز للقاضي النزيه العدل الإذن باستبدال الوقف ، بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به ، وأن لا يكون البيع بغبن فاحش ، وأن يستبدل بعقار لا بدراهم ودنانير (الدر المختار ورد المحتار : ٣/ ٤٢٥) .

يملك ذات العين والمنفعة معاً ، فله التصرف بها معاً ، أو بالمنفعة فقط .

وإذا أتلف المالك ما يملكه لا ضمان عليه ؛ إذ لا يتصور مالك وضامن في شخص واحد ، لكن يؤاخذ ديانة ؛ لأن إتلاف المال حرام ، وقد يؤاخذ قضاء فيحجر عليه إذا ثبت سفهه .

والملك الناقص : هو ملك العين وحدها ، أو المنفعة وحدها . ويسمى ملك المنفعة حق الانتفاع . وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع شخصه لا العين المملوكة ، وقد يكون حقاً عينياً أي تابعاً للعين دائماً ، بقطع النظر عن الشخص المنتفع ، وهذا يسمى حق الارتفاق ، ولا يكون إلا في العقار .

المطلب الرابع ـ أنواع الملك الناقص :

وعلى هذا يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع :

أ ـ ملك العين فقط :

وهو أن تكون العين (الرقبة) مملوكة لشخص ، ومنافعها مملوكة لشخص آخر ، كأن يوصي شخص لآخر بسكنى داره أو بزراعة أرضه مدة حياته ، أو مدة ثلاث سنوات مثلاً ، فإذا مات الموصي وقبل الموصى له ، كانت عين الدار ملكاً لورثة الموصي بالإرث ، وللموصى له ملك المنفعة مدة حياته أو المدة المحددة . فإذا انتهت المدة صارت المنفعة ملكاً لورثة الموصي ، فتعود ملكيتهم تامة .

وفي هذه الحالة : ليس لمالك العين الانتفاع بها ، ولا التصرف بمنفعتها أو بالعين ، ويجب عليه تسليم العين للمنتفع ليستوفي حقه من منافعها ، فإذا امتنع أجبر على ذلك .

وبه يظهر أن ملكية العين فقط تكون دائمة ، وتنتهي دائماً إلى ملكية تامة ، وملكية المنافع قد تكون مؤقتة دائماً ؛ لأن المنافع لا تورث عند الحنفية .

٢ـ ملك المنفعة الشخصي أو حق الانتفاع[1] :

هناك أسباب خمسة لملك المنفعة : وهي الإعارة والإجارة ، والوقف والوصية ، والإباحة .

أما الإعارة : فهي عند جمهور الحنفية والمالكية : تمليك المنفعة بغير عوض . فللمستعير أن ينتفع بنفسه ، وله إعارة الشيء لغيره ، لكن ليس له إجارته ؛ لأن الإعارة عقد غير لازم (يجوز الرجوع عنه في أي وقت) ، والإجارة عقد لازم ، والضعيف لا يتحمل الأقوى منه ، وفي إجارة المستعار إضرار بالمالك الأصلي .

وعند الشافعية والحنابلة : هي إباحة المنفعة بلا عوض ، فليس للمستعير إعارة المستعار إلى غيره .

وأما الإجارة : فهي تمليك المنفعة بعوض . وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره مجاناً أو بعوض إذا لم تختلف المنفعة باختلاف المنتفعين ، حتى لو شرط المؤجر على المستأجر الانتفاع بنفسه . فإن اختلف نوع المنفعة كان لابد من إذن المالك المؤجر .

وأما الوقف : فهو حبس العين عن تمليكها لأحد من الناس وصرف منفعتها

---

(١) يرى الحنفية : أنه لا فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وهما شيء واحد . فللمنتفع أن ينتفع بنفسه ، أو أن يملك غيره المنفعة ، إلا إذا وجد مانع صريح من قبل مالك العين ، أو وجد مانع يقتضيه العرف والعادة ، فمن وقف داره لسكنى الطلاب الغرباء كان للطالب حق السكنى فقط ، وحق الانتفاع بالمرافق العامة كالمدارس والجامعات والمشافي مقيد بالمنتفع فقط ، وليس له تمليك غيره . وهذا الرأي هو المعمول به قانوناً . وقال المالكية : هناك فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع . فملك المنفعة اختصاص يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه ، وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض . وأما حق الانتفاع : فهو مجرد رخصة بالانتفاع الشخصي بناء على إذن عام كحق الانتفاع بالمنافع العامة كالطرق والأنهار والمدارس والمصحات وغيرها ، أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص أذن له به ، كركوب سيارته ، والمبيت في منزله ، وقراءة كتبه ونحو ذلك . فليس للمنتفع أن يملك المنفعة لغيره ، فتمليك الانتفاع : هو أن يباشر المنتفع بنفسه ، وتمليك المنفعة أعم وأشمل ، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالإعارة (راجع الفروق للقرافي : ١/ ١٨٧ ، الفرق ٣٠) .

إلى الموقوف عليه . فالوقف يفيد تمليك المنفعة للموقوف عليه ، وله استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره إن أجاز له الواقف الاستثمار ، فإن نص على عدم الاستغلال أو منعه العرف من ذلك ، فليس له الاستغلال .

وأما الوصية بالمنفعة : فهي تفيد ملك المنفعة فقط في الموصى به ، وله استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره بعوض أو بغير عوض إن أجاز له الموصي الاستغلال .

وأما الإباحة : فهي الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله ، كالإذن بتناول الطعام أو الثمار ، والإذن العام بالانتفاع بالمنافع العامة كالمرور في الطرقات والجلوس في الحدائق ودخول المدارس والمشافي . والإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته ، أو السكن في داره .

وسواء أكانت الإباحة مفيدة ملك الانتفاع بالشيء بالفعل أو بإحرازه كما يرى الحنفية ، أو مجرد الانتفاع الشخصي كما يرى المالكية ، فإن الفقهاء متفقون على أنه ليس للمنتفع إنابة غيره في الانتفاع بالمباح له ، لا بالإعارة ولا بالإباحة لغيره .

والفرق بين الإباحة والملك :

هو أن الملك يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك ما لم يوجد مانع . أما الإباحة : فهي حق الإنسان بأن ينتفع بنفسه بشيء بموجب إذن . والإذن قد يكون من المالك كركوب سيارته ، أو من الشرع كالانتفاع بالمرافق العامة ، من طرقات وأنهار ومراعي ونحو ذلك .

فالمباح له الشيء لا يملكه ولا يملك منفعته ، بعكس المملوك .

خصائص حق المنفعة أو الانتفاع الشخصي :

يتميز الملك الناقص أو حق المنفعة الشخصي بخصائص أهمها ما يأتي :

١ ـ يقبل الملك الناقص التقييد بالزمان والمكان والصفة عند انشائه ، بعكس

الملك التام ، فيجوز لمن يعير سيارته لغيره أو يوصي بمنفعة داره أن يقيد المنتفع بمدة معينة كشهر مثلاً ، وبمكان معين كالركوب في المدينة لا في الصحراء ، وأن يركبها بنفسه لا بغيره .

٣ ـ عدم قبول التوارث عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء غيرهم : فلا تورث المنفعة عند الحنفية ؛ لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت ، والمنافع لا تعد مالاً عندهم كما بينا .

أما عند غير الحنفية فتورث المنافع في المدة الباقية ؛ لأن المنافع عندهم أموال كما أوضحنا ، فتورث كغيرها من الأموال ، فمن أوصى لغيره بسكنى داره مدة معلومة ، ثم مات قبل انتهاء هذه المدة ، فلورثته الحق بسكنى الدار إلى نهاية المدة .

٣ ـ لصاحب حق المنفعة تسلم العين المنتفع بها ولو جبراً عن مالكها . ومتى تسلمها تكون أمانة في يده ، فيحافظ عليها كما يحافظ على ملكه الخاص ، وإذا هلكت أو تعيبت لا يضمنها إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظها . وما عدا ذلك لا ضمان عليه .

٤ ـ على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان انتفاعه بها مجاناً ، كما في الإعارة ، فإن كان الانتفاع بعوض كما في الإجارة فعلى مالك العين نفقاتها .

٥ ـ على المنتفع بعد استيفاء منفعته تسليم العين إلى مالكها متى طلبها إلا إذا تضرر المنتفع . كما إذا لم يحن وقت حصاد الزرع في أرض مستأجرة أو مستعارة ، فله إبقاء الأرض بيده حتى موسم الحصاد ، ولكن بشرط دفع أجر المثل .

انتهاء حق المنفعة :

حق المنفعة حق مؤقت كما عرفنا ، فينتهي بأحد الأمور التالية :

١ ـ انتهاء مدة الانتفاع المحددة .

٢ ـ هلاك العين المنتفع بها أو تعيبها بعيب لا يمكن معه استيفاء المنفعة ، كانهدام دار السكنى أو صيرورة أرض الزراعة سبخة أو مالحة . فإن حصل ذلك بتعدي مالك العين ضمن عيناً أخرى ، كالموصي بركوب سيارة ثم عطلها ، فعليه تقديم سيارة أخرى .

٣ ـ وفاة المنتفع عند الحنفية ؛ لأن المنافع لا تورث عندهم .

٤ ـ وفاة مالك العين إذا كانت المنفعة من طريق الإعارة أو الإجارة ؛ لأن الإعارة عقد تبرع ، وهو ينتهي بموت المتبرع ، ولأن ملكية المأجور تنتقل إلى ورثة المؤجر .

وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعية والحنابلة : الإعارة عقد غير لازم ، فيجوز للمعير أو لورثته الرجوع عنها ، سواء أكانت مطلقة أم مؤقتة . وقال المالكية : الإعارة المؤقتة عقد لازم ، فمن أعار دابة إلى موضع كذا ، لم يجز له أخذها قبل ذلك ، وإلا لزمه إبقاؤها قدر ما ينتفع بالمستعار الانتفاع المعتاد . وبذلك يتبين أن الجمهور يقولون : إن الإعارة لا تنتهي بموت المعير أو المستعير ، وكذلك الإجارة لا تنتهي بموت أحد العاقدين ؛ لأنها عقد لازم كالبيع .

أما إذا كانت المنفعة من طريق الوصية أو الوقف ، فلا ينتهي حق المنفعة بموت الوصي ؛ لأن الوصية تبدأ بعد موته ، ولا بموت الواقف ؛ لأن الوقف إما مؤبد ، أو مؤقت فيتقيد بانتهاء مدته .

٣ً ـ ملك المنفعة العيني أو حق الارتفاق :

حق الارتفاق : هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ، مملوك لغير مالك العقار الأول . وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران دون نظر إلى المالك . مثل حق الشرب ، وحق المجرى ، وحق المسيل ، وحق المرور ، وحق الجوار ، وحق العلو .

أما حق الشرب : فهو النصيب المستحق من الماء لسقي الزرع والشجر، أو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض .

ويلحق به **حق الشفة :** وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي . وسمي بذلك لأن الشرب يكون عادة بالشفة .

والماء بالنسبة لهذا الحق أربعة أنواع(١) :

أ ـ ماء الأنهار العامة كالنيل ودجلة والفرات ونحوها من الأنهار العظيمة : لكل واحد الانتفاع به ، لنفسه ودوابه وأراضيه ، بشرط عدم الإضرار بالغير، لحديث : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار» وحديث « لا ضرر ولا ضرار» .

ب ـ ماء الجداول والأنهار الخاصة ، المملوكة لشخص : لكل إنسان حق الشفة منه ، لنفسه ودوابه ، وليس لغير مالكه سقي أراضيه إلا بإذن مالك المجرى .

ج ـ ماء العيون والآبار والحياض ونحوها المملوكة لشخص : يثبت فيها كالنوع الثاني حق الشفة دون حق الشرب . فإن أبى صاحب الماء ، ومنع الناس من الاستقاء لأنفسهم ودوابهم ، كان لهم قتاله حتى ينالوا حاجتهم ، إذا لم يجدوا ماءً قريباً آخر .

د ـ الماء المحرز في أوان خاصة : كالجرار والصهاريج ، لا يثبت لأحد حق الانتفاع به بأي وجه إلا برضا صاحب الماء ؛ لأن الرسول عليه السلام نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه . لكن المضطر إلى هذا الماء الذي يخاف على نفسه الهلاك من العطش ، له أخذ ما يحتاجه منه ، ولو بالقوة ليدفع عن نفسه الهلاك ، ولكن مع دفع قيمته ، لأن « الاضطرار لا يبطل حق الغير» .

---

(١) البدائع : ٦/ ١٨٨ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٨/ ١٤٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، نهاية المحتاج : ٤/ ٢٥٥ ، المغني : ٥/ ٥٣١ .

وحق المجرى : هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجرائه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها . وليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره ، وإلا كان له إجراؤه جبراً عنه ، دفعاً للضرر عنه .

وحق المسيل : هو مجرى على سطح الأرض ، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة ، أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع ، كمصارف الأراضي الزراعية أو مياه الأمطار أو الماء المستعمل في المنازل . والفرق بين المسيل والمجرى : أن المجرى لجلب المياه الصالحة للأرض ، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو عن الدار . وحكمه مثل حق المجرى ، ليس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر بين .

وحق المرور : هو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يمر فيه سواء أكان الطريق عاماً غير مملوك لأحد ، أم خاصاً مملوكاً للغير . فالطريق العام يحق لكل إنسان المرور فيه . والطريق الخاص : يحق لأصحابه المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه ، وليس لهم سده أمام العامة للالتجاء إليه .

وحق الجوار : الجوار نوعان : علوي وجانبي ، وفيه حقان :

أ ـ حق التعلي : وهو الثابت لصاحب العلو على صاحب السفل .

ب ـ حق الجوار الجانبي : وهو الثابت لكل من الجارين على الآخر .

ولصاحب حق التعلي حق القرار على الطبقة السفلى ، وهو حق ثابت دائماً لصاحب العلو ، لا يزول بهدم العقار كله أو انهدام السفل ، وله ولورثته إعادة بنائه حين يريد ، وليس لصاحب العلو أو السفل أن يتصرف في بنائه تصرفاً يضر بالآخر ، وإذا انهدم السفل وجب على صاحبه إعادة بنائه ، فإن امتنع أجبر على ذلك قضاء ، فإن رفض كان لصاحب العلو البناء ويرجع على الآخر بالنفقات ، إذا بني بإذن

القاضي أو إذن صاحب السفل ، فإن بني من غير إذن رجع بقيمة البنـاء وقت تمـامـه ، لا بما أنفق ؛ لأنه لم يكن وكيلاً بالإنفاق .

وليس لصاحب الجوار الجانبي إلا حق واحد وهو ألا يضر أحدهما بصاحبـه ضرراً فاحشاً بيناً : وهو كل مايمنع المنفعة الأصليـة المقصودة من البنـاء كالسكنى ، أو يكون سبباً لهدم البناء أو وهن فيه .

فـالضرر في كل أنواع الجوار ممنوع ، أمـا التصرفـات التي يشكل أمرهـا في الجوار العلوي فلا يعلم أيحصل منها ضرر أم لا ، كفتح باب أو نافـذة في الطـابق الأسفل ، أو وضع متـاع ثقيل في الطـابق الأعلى قـد يؤثر في السقف ، فهـذه مختلف في منعهـا[1] . فقال أبو حنيفة : يمنع هذا التصرف إلا بإذن الجار ؛ لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه ، التي يتعلق بها حق الغير هو المنع والحظر ، لأن ملكه ليس خالصاً ، فلا يبـاح له إلا ما يتيقن فيه عدم الضرر ، ويتوقف مـاعـداه على إذن صـاحـب الحق ورضـاه . وهذا الرأي هو المفتى به عند الحنفية .

وقـال الصـاحبـان : الأصل في ذلـك الإبـاحـة ؛ لأن صـاحب العلـو تصرف في ملكـه ، والمـالـك حر التصرف في ملكـه مـالم يكن فيـه ضرر لغيره بيقين ، فيمنع منـه حينئذ ، ويبقى ماعداه على الإبـاحـة ، وهـذا الرأي في تقـديري هو المعقول الواجب الاتباع . فيصبح حكم الجوار الجانبي والعلوي واحداً ، وهو إبـاحـة التصرف في الملـك مـالم يترتب على ذلـك ضرر فـاحش بـالجـار ، فـإن وقع الضرر ، وجب على المتعـدي ضمانـه ، سواء أكان الضرر مبـاشراً أم بـالتسبب . وهـو رأي المـالكيـة وبـاقي المـذاهب أيضاً[2] .

---

(١) فتح القدير : ٥٠٣/٥ ، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين : ٣٧٣/٤ ، ط البابي الحلبي ، البـدائع : ٢٦٤/٦ ، البحر الرائق : ٣٢/٧ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ١٩٦/٤ .

(٢) المنتقى على الموطأ : ٤٠/٦ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص٣٤١ ، نيل الأوطار : ٢٦١/٥ ، ط العثمانية .

أمور ثلاثة متعلقة بحقوق الارتفاق :

الأول ـ الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

يفترق حق الارتفاق عن حق الانتفاع من نواح تالية :

١ ـ حق الارتفاق يكون دائماً مقرراً على عقار، فتنقص به قيمة العقار المقرر عليه، أما حق الانتفاع الشخصي فقد يتعلق بعقار كوقف العقار أو الوصية به أو إجارته أو إعارته. وقد يتعلق بمنقول كإعارة الكتاب وإجارة السيارة.

٢ ـ حق الارتفاق مقرر لعقار إلا حق الجوار فقد يكون لشخص أو لعقار. أما حق الانتفاع فإنه دائماً مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه.

٣ ـ حق الارتفاق حق دائم يتبع العقار وإن تعدد الملاك. وحق الانتفاع الشخصي مؤقت ينتهي بأحوال معينة كما تقدم.

٤ ـ حق الارتفاق يورث حتى عند الحنفية الذين لا يعدونه مالاً؛ لأنه تابع للعقار. وأما حق الانتفاع فمختلف في إرثه بين الفقهاء كما بينا.

الثاني ـ خصائص حقوق الارتفاق

لحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة.

فأحكامها العامة أنها إذا ثبتت تبقى مالم يترتب على بقائها ضرر بالغير، فإن ترتب عليها ضرر أو أذى وجب إزالتها، فيزال المسيل القذر في الطريق العام، ويمنع حق الشرب إذا أضر بالمنتفعين، ويمنع سير السيارة في الشارع العام إذا ترتب عليها ضرر كالسير بالسرعة الفائقة، أو في الاتجاه المعاكس، عملاً بالحديث النبوي المتقدم « لا ضرر ولا ضرار » ولأن المرور في الطريق العام مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه[1].

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٤٢٧/٥ .

وأما الأحكام الخاصة فسنذكرها في بحث حقوق الارتفاق المخصص لكل نوع منها .

الثالث ـ أسباب حقوق الارتفاق :

تنشأ حقوق الارتفاق بأسباب متعددة منها :

١ ـ الاشتراك العام : كالمرافق العامة من طرقات وأنهار ومصارف عامة ، يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها ، بالمرور والسقي وصرف المياه الزائدة عن الحاجة ، لأن هذه المنافع شركة بين الناس يباح لهم الانتفاع بها ، بشرط عدم الإضرار بالآخرين .

٢ ـ الاشتراط في العقود : كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور بها ، أو حق شرب لأرض أخرى مملوكة له ، فيثبت هذان الحقان بهذا الشرط .

٣ ـ التقادم : أن يثبت حق ارتفاق لعقار من زمن قديم لا يعلم الناس وقت ثبوته ، كإرث أرض زراعية لها حق المجرى أو المسيل على أرض أخرى ؛ لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع حملاً لأحوال الناس على الصلاح ، حتى يثبت العكس .

المطلب الخامس ـ أسباب الملك التام :

إن أسباب أو مصادر الملكية التامة في الشريعة أربعة هي :

الاستيلاء على المباح ، والعقود ، والخلفية ، والتولد من الشيء المملوك . وفي القانون المدني هي ستة : الاستيلاء على ماليس له مالك من منقول أو عقار ، والميراث وتصفية التركة ، والوصية ، والالتصاق بالعقار أو بالمنقول ، والعقد ، والحيازة والتقادم[1] .

---

(١) راجع الفصل الثاني من حق الملكية ـ أسباب كسب الملكية : م ٨٢٨ ، ٨٣٦ ، ٨٧٦ ، ٨٧٩ ، ٨٩٤ ، ٩٠٧ ومابعدها من القانون المدني السوري .

وهذه الأسباب تتفق مع الأسباب الشرعية[١] ماعدا الحيازة والتقادم (وضع اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة) ، فإن الإسلام لا يقر التقادم المكسب على أنه سبب للملكية ، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين[٢] ، توفيراً لوقت القضاة ، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات ، وللشك في أصل الحق . أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وايفاؤه له ديانة . فمن وضع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعاً بحال .

كذلك لا يقر الإسلام مبدأ التقادم المسقط على أنه مسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة ، فاكتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والخلق ، ويكفي في ذلك أن يصير الغاصب أو السارق مالكاً ، إلا أن الإمام مالك في المدونة خلافاً لمعظم أصحابه يرى إسقاط الملكية بالحيازة ، كما يرى تملك الشيء بالحيازة ، ولكنه لم يحدد مدة للحيازة ، وترك تحديدها للحاكم ، ويمكن تحديدها عملاً بحديث مرسل رواه سعيد بن المسيب مرفوعاً إلى النبي ﷺ عن زيد بن أسلم : « من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين ، فهو أحق به منه »[٣] .

١ ـ الاستيلاء على المباح :

المباح : هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين ، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه كالماء في منبعه ، والكلأ والحطب والشجر في البراري ، وصيد البر والبحر . ويتميز هذا النوع بما يأتي :

---

(١) يلاحظ أن المادة (١٢٤٨) من المجلة اقتصرت على الأسباب الثلاثة الأولى للتملك . ولكن من الضروري إضافة سبب رابع وهو التولد من المملوك إذ هو سبب مستقل عن تلك الأسباب .

(٢) حدده الفقهاء بـ ٣٣ سنة ، وحددته المجلة (م ١٦٦١ ، ١٦٦٢) في الحقوق الخاصة بـ ١٥ سنة وفي الأراضي الأميرية بـ ١٠ سنوات ، وفي الأوقاف وأموال بيت المال بـ ٣٦ سنة .

(٣) انظر بحث الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد الجواد : ص١٨ـ٥٠ وما بعدها ، ٦٠ ، ١٠٨ ، ١٥٠ وما بعدها ، ومراجعه مثل المدونة : ٢٣/١٣ ، وتبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك : ٣٦٢/٢ ومابعدها .

أ ـ أنه سبب منشئ للملكية على شيء لم يكن مملوكاً لأحد . أما بقية أسباب الملكية الأخرى (العقد ، الميراث ونحوهما) فإن الملكية الحادثة مسبوقة بملكية أخرى .

ب ـ أنه سبب فعلي لا قولي : يتحقق بالفعل أو وضع اليد ، فيصح من كل شخص ولو كان ناقص الأهلية كالصبي والمجنون والمحجور عليه . أما العقد فقد لا يصح من هؤلاء أو يكون موقوفاً على إرادة أخرى ، وهو سبب قولي .

ويشترط للتملك بهذا الطريق أي إحراز المباح شرطان :

أولهما ـ ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر ، لأن « من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له » كما قال النبي عليه السلام .

ثانيهما ـ قصد التملك : فلو دخل الشيء في ملك إنسان دون قصد منه لا يتملكه ، كما إذا وقع طائر في حجر إنسان ، لا يتملكه . ومن نشر شبكته ، فإن كان للاصطياد تملك ما يقع فيها ، وإن كان للتجفيف لم يتملك ما يقع فيها ؛ لأن « الأمور بمقاصدها » .

والاستيلاء على المباح له أنواع أربعة :

أولاً ـ إحياء الموات : أي استصلاح الأراضي البور . والموات : ما ليس مملوكاً من الأرضين : ولا ينتفع بها بأي وجه انتفاع ، وتكون خارجة عن البلد . فلا يكون مواتاً : ما كان ملكاً لأحد الناس ، أو ما كان داخل البلد ، أو خارجاً عنها ، ولكنه مرفق لها كمحتطب لأهلها أو مرعى لأنعامهم .

والإحياء يفيد الملك لقول النبي ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » سواء أكان الإحياء بإذن الحاكم أم لا عند جمهور الفقهاء . وقال أبو حنيفة ومالك : لابد من إذن الحاكم . وإحياء الأرض الموات يكون بجعلها صالحة للانتفاع بها كالبناء والغرس

والزراعة والحرث وحفر البئر. وعمل مستصلح الأرض لإحيائها يسمى فقهاً « التحجير » وقد حدد بثلاث سنين ، قال عمر « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق » .

ثانياً ـ الاصطياد : الصيد : هو وضع اليد على شيء مباح غير مملوك لأحد . ويتم إما بالاستيلاء الفعلي على المصيد ، أو بالاستيلاء الحكمي : وهو اتخاذ فعل يعجز الطير أو الحيوان أو السمك عن الفرار ، كاتخاذ الحياض لصيد الأسماك ، أو الشباك ، أو الحيوانات المدربة على الصيد كالكلاب والفهود والجوارح المعلمة[1] .

والصيد حلال للإنسان إلا إذا كان محرماً بالحج أو العمرة ، أو كان المصيد في حرم مكة المكرمة أو المدينة المنورة ، قال تعالى : ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة ، وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً ﴾ .

والصيد من أسباب الملكية ، لكن يشترط في الاستيلاء الحكمي لا الاستيلاء الحقيقي قصد التملك عملاً بقاعدة « الأمور بمقاصدها » . فمن نصب شبكة فتعلق بها صيد ، فإن كان قد نصبها للجفاف ، فالصيد لمن سبقت يده إليه ، لأن نيته لم تتجه إليه . وإن كان قد نصبها للصيد ، ملكه صاحبها ، وإن أخذه غيره كان متعدياً غاصباً . ولو أفرخ طائر في أرض إنسان كان لمن سبقت إليه يده إلا إذا كان صاحب الأرض هيأها لذلك .

وإذا دخل طائر في دار إنسان ، فأغلق صاحبها الباب لأخذه ، ملكه وإن أغلقه صدفة ، لم يملكه . وهكذا لو وقع الصيد في حفرة أو ساقية ، المعوَّل في تملكه على نية صيده ، وإلا فلمن سبقت إليه يده .

---

(١) قال تعالى : ﴿ يسألونك ماذا أحل لهم ، قل : أحل لكم الطيبات ، وما علمتم من الجوارح مكلبين ، تعلمونهن مما علمكم الله ، فكلوا مما أمسكن عليكم ، واذكروا اسم الله عليه ، واتقوا الله ، إن الله سريع الحساب ﴾ (المائدة / ٤) .

ثالثاً ـ الاستيلاء على الكلأ والآجام :

الكلأ : هو الحشيش الذي ينبت في الأرض بغير زرع ، لرعي البهائم .

والآجام : الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة .

وحكم الكلأ : ألا يملك ، وإن نبت في أرض مملوكة ، بل هو مباح للناس جميعاً ، لهم أخذه ورعيه ، وليس لصاحب الأرض منعهم من ذلك ؛ لأنه باق على الإباحة الأصلية ، وهو الراجح في المذاهب الأربعة ، لعموم حديث : « الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلأ والنار »[1] .

وأما الآجام فهي من الأموال المباحة إن كانت في أرض غير مملوكة . فلكل واحد حق الاستيلاء عليها ، وأخذ ما يحتاجه منها ، وليس لأحد منع الناس منها ، وإذا استولى شخص على شيء منها وأحرزه صار ملكاً له . لكن للدولة تقييد المباح بمنع قطع الأشجار ، رعاية للمصلحة العامة ، وإبقاء على الثروة الشجرية المفيدة.

أما إن كانت في أرض مملوكة فلا تكون مالاً مباحاً ، بل هي ملك لصاحب الأرض ، فليس لأحد أن يأخذ منها شيئاً إلا بإذنه ؛ لأن الأرض تقصد لآجامها ، بخلاف الكلأ ، لا تقصد الأرض لما فيها من الكلأ .

رابعاً ـ الاستيلاء على المعادن والكنوز :

المعادن : ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة والطبيعة ، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص ونحوها .

والكنز : مادفنه الناس وأودعوه في باطن الأرض من الأموال ، سواء في الجاهلية أو في الإسلام .

---

(١) البدائع : ١٩٣/٦ وما بعدها ، م ١٢٥٧ من المجلة .

والمعدن والكنز يشملها عند الحنفية كلمة « الركاز » : وهو ما ركز في باطن الأرض ، سواء أكان بخلق الله كفلزات الحديد والنحاس وغيرها ، أم كان بصنع الناس كالأموال التي يدفنها الناس فيها . وحكمها واحد في الحديث النبوي : « وفي الركاز الخمس »[1] .

وقال المالكية والشافعية : الركاز : دفين الجاهلية . والمعدن : دفين أهل الإسلام .

حكم المعادن :

اختلف الفقهاء في تملك المعادن بالاستيلاء عليها ، وفي إيجاب حق فيها للدولة إذا وجدت في أرض ليست مملوكة .

أما تملك المعادن فللفقهاء فيه رأيان :

قال المالكية في أشهر أقوالهم[2] : جميع أنواع المعادن لا تملك بالاستيلاء عليها ، كما لا تملك تبعاً لملكية الأرض ، بل هي للدولة يتصرف فيها الحاكم حسبما تقضي المصلحة ؛ لأن الأرض مملوكة بالفتح الإسلامي للدولة ، ولأن هذا الحكم مما تدعو إليه المصلحة .

وقال الحنفية والشافعية والحنابلة في أرجح الروايتين عندهم[3] : المعادن تملك بملك الأرض ؛ لأن الأرض إذا ملكت ملكت بجميع أجزائها ، فإن كانت مملوكة لشخص كانت ملكاً له ، وإن كانت في أرض للدولة فهي للدولة ، وإن كانت في أرض غير مملوكة فهي للواجد ؛ لأنها مباحة تبعاً للأرض .

---

(١) رواه الجماعة عن أبي هريرة (نيل الأوطار : ١٤٧/٤) .

(٢) القوانين الفقهية : ص١٠٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٨٦/١ ومابعدها .

(٣) الدر المختار ورد المحتار : ٦١/١ ومابعدها ، المهذب : ١٦٢/١ ، المغني /٢٨/٣

وأما حق الدولة في المعادن ففيه رأيان أيضاً :

قـال الحنفيـة : في المعـادن الخمس ؛ لأن الركاز عنـدهم يشمـل المعـادن والكنـوز بمقتضى اللغـة ، والبـاقي للـواجـد نفسـه . وذلـك في المعـادن الصلبـة القـابلـة للطرق والسحب كالذهب والفضة والحديد والنحـاس والرصـاص . أمـا المعـادن الصلبـة التي لا تقبـل الطرق والسحب كالمـاس واليـاقـوت والفحم الحجري ، والمعـادن السـائلـة كالزئبـق والنفـط ، فـلا يجب فيهـا شيء للـدولـة ؛ لأن الأولى تشبـه الحجر والتراب ، والثانية تشبه الماء ، ولا يجب في ذلك شيء للدولة .

وقـال غير الحنفيـة : لا يجب في المعـادن شيء للـدولـة ، لا الخمس وغيره ، وإنمـا يجب فيها الزكاة ، لقول النبي ﷺ : « العجماء جبار ، والبئر جبـار ، والمعـدن جبـار ، وفي الركاز الخمس » فأوجب الخمس في الركاز : وهو دفين أهل الجاهليـة ، ولم يوجب في المعدن شيئاً ؛ لأن « الجبار » معناه : لا شيء فيـه . وإيجـاب الزكاة عنـدهم هو بعموم أدلة الزكاة .

حكم الكنز :

وأما الكنز فهو مادفنـه النـاس ، سواء في الجـاهليـة أم في الإسلام . فهو نوعـان : إسلامي وجاهلي :

فالإسلامي : ماوجد به علامة أو كتابة تـدل على أنـه دفن بعـد ظهور الإسلام مثل كلمة الشهادة أو المصحف ، أو آية قرآنية أو اسم خليفة مسلم .

والجاهلي : ماوجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنـه دفن قبل الإسلام كنقش صورة صنم أو وثن ، أو اسم ملك جاهلي ونحو ذلك .

والمشتبه فيه : وهو مالم يتبين بالدليل أنه إسلامي أو جاهلي ، قال فيـه متقـدمو الحنفية : إنه جاهلي . وقال متـأخروهم : إنـه إسلامي لتقـادم العهـد . وإن وجـد كنز

مختلط فيه علامات الإسلام والجاهلية فهو إسلامي ؛ لأن الظاهر أنه ملك مسلم ، ولم يعلم زوال ملكه .

والكنز الإسلامي : يبقى على ملك صاحبه ، فلا يملكه واجده ، بل يعد كاللقطة ، فيجب تعريفه والإعلان عنه . فإن وجد صاحبه سلم إليه وإلا تصدق به على الفقراء ، ويحل للفقير الانتفاع به . هذا رأي الحنفية[1] .

وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة[2] تملكه والانتفاع به ، ولكن إن ظهر صاحبه بعدئذ وجب ضمانه .

وأما الكنز الجاهلي : فاتفق أئمة المذاهب على أن خمسه لبيت المال (خزانة الدولة) وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ففيها اختلاف : فقيل : إنها للواجد مطلقاً سواء وجدها في أرض مملوكة أم لا . وقيل : إنها للواجد في أرض غير مملوكة أو في أرض ملكها بالإحياء . فإن كان في أرض مملوكة فهي لأول مالك لها أو لورثته إن عرفوا ، وإلا فهي لبيت المال .

هذا وقد خصص القانون المدني السوري (م ٨٣٠) ثلاثة أخماس الكنز لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز ، وخمسه لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة الدولة .

٢ ـ العقود الناقلة للملكية :

العقود كالبيع والهبة والوصية ونحوها من أهم مصادر الملكية وأعمها وأكثرها وقوعاً في الحياة المدنية ؛ لأنها تمثل النشاط الاقتصادي الذي يحقق حاجات الناس من طريق التعامل . أما الأسباب الأخرى للملكية فهي قليلة الوقوع في الحياة .

---

(١) فتح القدير : ٣٠٧/٣ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، المبسوط : ٤/١١ ومابعدها ، الدر المختار : ٣٥١/٣ .

(٢) بداية المجتهد : ٣٠١/٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ١٢١/٤ ، المهذب : ٤٣٠/١ ، مغني المحتاج : ٤١٥/٢ ، المغني : ٦٣٦/٥ .

ويدخل في العقود التي هي سبب مباشر للملكية حالتان[1] :

الأولى : العقود الجبرية التي تجريها السلطة القضائية مباشرة ، بالنيابة عن المالك الحقيقي ، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه ، وبيع الأموال المحتكرة . فالمتملك يتملك عن طريق عقد بيع صريح بإرادة القضاء .

الثانية : نزع الملكية الجبري : وله صورتان :

أ ـ الشفعة : وهي عند الحنفية حق الشريك أو الجار الملاصق بتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات . وقصرها الجمهور على الشريك .

ب ـ الاستملاك للصالح العام : وهو استملاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة ، كتوسيع مسجد ، أو طريق ونحو ذلك .

والمتملك من هذا الطريق يتملك بناء على عقد شراء جبري مقدر بإرادة السلطة . وعلى هذا فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون رضائياً أو جبرياً ، والجبري : إما صريح كما في بيع مال المدين ، أو مفترض كما في الشفعة ونزع الملكية .

٣ ـ الخلفية :

وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه ، أو يحل شيء محل شيء آخر ، فهي نوعان : خَلَفية شخص عن شخص وهي الإرث . وخلفية شيء عن شيء وهي التضمين .

والإرث سبب جبري للتملك يتلقى به الوارث بحكم الشرع ما يتركه المورث من أموال التركة .

والتضمين : هو إيجاب الضمان أو التعويض على من أتلف شيئاً لغيره ، أو غصب

---

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف١٠٥ .

منه شيئاً فهلك أو فقد ، أو ألحق ضرراً بغيره بجناية أو تسبب . ويدخل فيه الديات وأروش الجنايات أي الأعواض المالية المقدرة شرعاً الواجبة على الجاني في الجراحات .

٤ ـ التولد من المملوك :

معناه أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل ؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع ، سواء أكان ذلك بفعل مالك الأصل ، أم بالطبيعة والخلقة . فغاصب الأرض الذي زرعها يملك الزرع عند الجمهور غير الحنابلة ؛ لأنه نماء البذر وهو ملكه ، وعليه كراء الأرض ، ويضمن لصاحب الأرض نقصانها بسبب الزرع . وثمرة الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها لمالك الأصل .

وقال الحنابلة : الزرع لمالك الأرض ، لقوله ﷺ : « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، فليس له من الزرع شيء ، وله نفقته »[1] .

(١) رواه الخمسة إلا النسائي عن رافع بن خديج ، قال البخاري : هو حديث حسن (نيل الأوطار : ٣١٨/٥ وما بعدها) .